

MEMORANDO

RADICACIÓN CORRESPONDENCIA INTERNA	
	I-2018-37863
Fecha	18-06-2018
No. Referencia	

DE: **JENNY ADRIANA BRETÓN VARGAS**

Jefe Oficina Asesora Jurídica

PARA: **ALEXANDER RAMÍREZ GÓMEZ**

Supervisor Convenio 1899 de 2018

ASUNTO: Concepto sobre posibilidad de inversión de recursos públicos en inmuebles de particulares

REFERENCIA: I-2018-29129 del 09/05/2018

De conformidad con su solicitud del asunto, elevada mediante el radicado de la referencia, esta Oficina Asesora Jurídica procederá a emitir concepto, de acuerdo a sus funciones establecidas los literales A y B¹ del artículo 8 del Decreto Distrital 330 de 2008, y en los términos del artículo 28 del CPACA, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, según el cual, por regla general, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución.

1. Consulta jurídica.

Previamente, le precisamos que esta Oficina Asesora Jurídica (OAJ) no resuelve casos concretos, por ende, no define derechos, no asigna obligaciones y tampoco establece responsabilidades; sino que emite conceptos jurídicos, entendidos como respuestas a consultas claras, concretas y precisas en forma de pregunta sobre un punto materia de cuestionamiento, duda o desacuerdo que ofrezca la interpretación, alcance y/o aplicación de una norma jurídica o la resolución de una situación fáctica genérica relacionada con el sector educativo.

Bajo ese entendido, su consulta ha sido sintetizada así:

¿Es legal invertir recursos públicos en inmuebles de particulares en usufructo a favor de entidades públicas?

A continuación, daremos unas orientaciones jurídicas generales respecto a las normas que regulan los asuntos consultados, las cuales usted como interesado podrá aplicar, de acuerdo a las circunstancias de modo, tiempo y lugar de su caso concreto.

¹ “Artículo 8º Oficina Asesora de Jurídica. Son funciones de la Oficina Asesora de Jurídica las siguientes:

A. Asesorar y apoyar en materia jurídica al Despacho del Secretario y demás dependencias de la SED.

B. Conceptuar sobre los asuntos de carácter jurídico que le sean consultados por las dependencias de la SED y apoyarlas en la resolución de recursos.”

2. Marco jurídico.

- 2.1. Constitución Política de Colombia de 1991.
- 2.2. Código Civil.
- 2.3. Jurisprudencia constitucional sobre las excepciones a la prohibición constitucional de decretar auxilios o donaciones en favor de particulares.
- 2.4. Doctrina de la Contraloría General de la República sobre la inversión de recursos públicos en inmuebles de particulares.

3. Análisis jurídico.

Para responder las consultas se analizarán los siguientes temas: **i)** excepciones a la prohibición constitucional de decretar auxilios o donaciones en favor de particulares; **ii)** algunos casos en los cuales eventualmente es procedente la inversión de recursos públicos en inmuebles de particulares; **iii)** inversión de recursos públicos en inmuebles de particulares en usufructo a favor de una entidad pública; **iv)** inversión de recursos públicos en inmuebles de particulares en arrendamiento a favor de una entidad pública; y finalmente, **v)** se dará respuesta a la consulta.

3.1. Excepciones a la prohibición constitucional de decretar auxilios o donaciones en favor de particulares.

En la sentencia C-1174 de 2001 la Corte Constitucional sintetizó sus pronunciamientos sobre el alcance de la prohibición del artículo 355 Constitucional de decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, así:

“El alcance de esta prohibición ha sido fijado en los siguientes pronunciamientos de esta Corporación, que a continuación se sintetizan:

- La prohibición del artículo 355 de la C P, **no impide al Estado ofrecer incentivos económicos y colaborar con los particulares en la creación de personas jurídicas dedicadas a la investigación científica y tecnológica.** Lo anterior en razón de que la finalidad de las personas que reciben su estímulo, corresponde a un cometido que la misma Constitución encomienda expresamente al Estado. (Sentencia C- 506 de 1994, M. P. Dr. Fabio Morón Díaz. Sentencia C-136 de 1995).
- A la luz del artículo 355 de la Constitución Política, los subsidios del Estado a los particulares, por regla general, se encuentran prohibidos. **La excepción sólo es procedente si el subsidio, concedido por la ley se basa en una norma o principio constitucional, y resulta imperioso para realizar una finalidad esencial del Estado** (Sentencia C-205 de 1995. M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).
- La Constitución no prohíbe que el Estado transfiera a los particulares, sin contraprestación económica, recursos públicos, **siempre y cuando tal transferencia tenga un sustento en principios y derechos constitucionales expresos.** Esa es la única forma de armonizar la prohibición de los auxilios y donaciones

con los deberes sociales de las autoridades colombianas, que derivan de la adopción de la fórmula política del Estado social de derecho y de los fines que le son inherentes, entre los cuales ocupa un lugar preponderante la búsqueda de un orden justo, en donde la igualdad sea real y efectiva. (Sentencia C-251 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero)

- La Constitución Política, en términos generales, prohíbe que con fondos públicos las autoridades efectúen auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas (C.P. Artículo 355). **La Carta, sin embargo, por vía excepcional, autoriza al Estado para que pueda conceder subvenciones, estímulos económicos o subsidios a particulares, tratándose de actividades que aquella directamente considera dignas y merecedoras de apoyo.** (Sentencia C-152 de 1999, M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).
- Para que puedan destinarse contribuciones económicas en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, sin que tal destinación constituya vulneración del artículo 355 de la Carta Política, **debe existir un mandato Constitucional expreso mediante el cual se imponga al Estado el deber de adoptar medidas encaminadas a financiar con cargo al presupuesto nacional o con bienes públicos, la asignación de subsidios a favor de determinadas personas o de actividades que beneficien a un sector de la población o fomenten propósitos de interés público o social.** (Sentencia C- 923 de 2000, M.P., Dr. José Gregorio Hernández Galindo)

El anterior recorrido jurisprudencial permite concluir que **la prohibición general** dirigida a las ramas u órganos del poder público, de decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado **no acarrea per se la extinción de la función benéfica a cargo del Estado, la cual también puede cumplirse mediante subsidios, subvenciones o estímulos económicos que se otorguen a entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, en concordancia con principios de estirpe constitucional.**² (Negritas y subrayado nuestros)

En la sentencia C-508 de 2008, la Corte Constitucional estableció las excepciones a la referida prohibición del artículo 355 Constitucional. En dicha sentencia la Corte dejó sentada la siguiente tesis:

“4.2 Doctrina constitucional sobre la facultad de asignar recursos o bienes públicos a particulares

La Corte Constitucional ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el contenido del artículo 355 de la Carta. Según la doctrina constitucional vigente, en principio la Constitución prohíbe toda donación de recursos públicos. Sin embargo, lo anterior no significa que el Estado no pueda implementar políticas sociales o económicas que tengan como herramienta la asignación de bienes o recursos sin una contraprestación directa e inmediata a cargo del beneficiario.

Por el contrario, en un Estado social de derecho, el Estado tiene ciertas obligaciones sociales que se concretan, entre otras, en la asignación de bienes o recursos públicos a sectores especialmente protegidos por la Constitución. No obstante, para que este tipo de asignaciones resulten ajustadas a la Carta, se requiere que satisfagan, cuando menos, cuatro requisitos constitucionales que se mencionan brevemente a continuación y se explican en los apartes que siguen de esta decisión.

En primer lugar, toda asignación de recursos públicos debe respetar el principio de legalidad del gasto. En segundo término, toda política pública del sector central, cuya ejecución suponga la asignación de recursos o

² Corte Constitucional, Sentencia C- 254 del 6 de junio de 1.996, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

bienes públicos, debe encontrarse reflejada en el Plan Nacional de Desarrollo y en el correspondiente plan de inversión. Adicionalmente, toda disposición que autorice una asignación de recursos públicos sin contraprestación por parte del beneficiario, tiene que encontrarse fundada en un mandato constitucional claro y suficiente que la autorice. Por último, debe respetar el principio de igualdad. En los apartes que siguen de esta decisión la Corte explicará los alcances de cada uno de los cuatro requisitos mencionados para, finalmente, definir si los mismos son satisfechos por la norma que se estudia.”

3.2. Algunos casos en los cuales eventualmente es procedente la inversión de recursos públicos en inmuebles de particulares.

La Constitución Política dispone que quien administra recursos públicos debe hacerlo bajo los principios de eficiencia, economía, equidad y valoración de los costos ambientales (art. 267), igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad (art. 209), y prevalencia del interés general (art. 1); en orden a cumplir los fines del Estado de servicio a la comunidad, promoción de la prosperidad general y garantía de la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales, entre otros.

Adicionalmente, la Carta Constitucional también establece que: **i)** la programación, aprobación, modificación y ejecución de los presupuestos de la Nación y las entidades territoriales; **ii)** la coordinación de los anteriores presupuestos con el Plan Nacional de Desarrollo y **iii)** la capacidad de los entes públicos para contratar; es regulada por la Constitución y la Ley Orgánica de Presupuesto (art. 352).

La Contraloría General de la República (CGR) por su parte, ha establecido que, en principio, no resulta conveniente que una entidad estatal asigne recursos públicos para la construcción y/o mejoramiento de un inmueble que no sea de su propiedad.

Sin perjuicio de lo anterior, la CGR también ha sentado que eventualmente es legalmente procedente la inversión de recursos públicos en inmuebles de particulares, caso en el cual ésta debe cumplir con las condiciones establecidas en la Sentencia C-507 de 2008, so pena de vulnerar los principios constitucionales de igualdad, moralidad, eficacia, imparcialidad y eficiencia, en la medida en que generaría: **i)** inequidad en el trato que deben recibir los particulares del Estado; **ii)** enriquecimiento de un particular con cargo al presupuesto del Estado y **iii)** detrimento patrimonial para el Estado por pérdida de recursos destinados al cumplimiento de sus fines constitucionales y legales.³

Bajo ese contexto, se precisa que existen algunos eventos tales como el gravamen de usufructo o los contratos de arrendamiento o comodato, en los cuales eventualmente es procedente la inversión de recursos públicos en inmuebles de particulares. En ese orden de ideas, a continuación se abordará el caso del usufructo y el arrendamiento.

³ Contraloría General de la República, Concepto 80112 del 20/08/2013.

3.3. Inversión de recursos públicos en inmuebles de particulares en usufructo a favor de una entidad pública.

El Código Civil dispone que el derecho real de dominio puede ser limitado, entre otros, por el gravamen de un usufructo a que una persona tenga derecho sobre las cosas de otra.

“Artículo 793.—El dominio puede ser limitado de varios modos:

1. Por haber de pasar a otra persona en virtud de una condición.
2. Por el gravamen de un usufructo, uso o habitación a que una persona tenga derecho en las cosas que pertenecen a otra.
3. Por las servidumbres.”

A su turno, el Código Civil define el usufructo como un derecho real de utilizar una cosa con las obligaciones de: **i)** conservarla en su forma y sustancia y **ii)** devolverla a su dueño si no es fungible; o devolver una del mismo género en igual cantidad y calidad o pagar su valor, si es fungible.

“Artículo 823.—El derecho de usufructo es un derecho real que consiste en la facultad de gozar de una cosa con cargo de conservar su forma y sustancia, y de restituirla a su dueño, si la cosa no es fungible; o con cargo de volver igual cantidad y calidad del mismo género, o de pagar su valor, si la cosa es fungible.”

El Estatuto Civil establece igualmente que el derecho de usufructo se puede constituir por ley, testamento, donación, venta u otro acto entre vivos y por prescripción.

“Artículo 825.—El derecho de usufructo se puede constituir de varios modos:

1. Por la ley, como el del padre de familia, sobre ciertos bienes de hijo.
2. Por testamento.
3. Por donación, venta u otro acto entre vivos.
4. Se puede también adquirir un usufructo por prescripción.”

Dicha codificación también determina que el usufructo sobre inmuebles por acto entre vivos debe constituirse por escritura pública.

“Artículo 826.—El usufructo que haya de recaer sobre inmuebles por acto entre vivos, no valdrá si no se otorgare por instrumento público inscrito.”

El Código establece que los usufructos en beneficio de cualquier corporación o fundación tiene una duración máxima de 30 años.

“Artículo 829.—(...)

El usufructo, constituido a favor de una corporación o fundación cualquiera, no podrá pasar de treinta años.”

Visto qué es y cómo se constituye el derecho de usufructo, conviene determinar cuáles son las obras a las que está legalmente obligado un usufructuario.

Bajo ese contexto, el Código Civil estatuye que el usufructuario debe asumir las pensiones, cánones y cargas periódicas anteriores en general.

“Artículo 855.—Serán de cargo del usufructuario las pensiones, cánones y en general, las cargas periódicas con que de antemano haya sido gravada la cosa fructuaria, y que durante el usufructo se devenguen. No es lícito al nudo propietario imponer nuevas cargas sobre ella en perjuicio del usufructo.

Corresponde, asimismo, al usufructuario el pago de los impuestos periódicos fiscales y municipales que la graven durante el usufructo, en cualquier tiempo que se hayan establecido.

Si por no hacer el usufructuario estos pagos los hiciere el propietario, o se enajenare o embargare la cosa fructuaria, deberá el primero indemnizar de todo perjuicio al segundo.”

A su vez, el Código dispone que el propietario debe responder por las obras mayores necesarias para la conservación de la cosa fructuaria y que el usufructuario debe pagarle el interés legal del dinero invertido en ellas. Así mismo, establece que el usufructuario debe informar al propietario sobre las obras mayores que necesite la cosa para su conservación y si el propietario omite o retarda su realización, el usufructuario puede asumirlas y retener la cosa fructuaria hasta el reembolso por parte del propietario.

“Artículo 856.—Las obras o refacciones mayores, necesarias para la conservación de la cosa fructuaria, serán de cargo del propietario, pagándole el usufructuario, mientras dure el usufructo, el interés legal de los dineros invertidos en ellas.

El usufructuario hará saber al propietario las obras y refacciones mayores que exija la conservación de la cosa fructuaria.

Si el propietario rehúsa o retarda el desempeño de estas cargas, podrá el usufructuario, para liberrar la cosa fructuaria y conservar su usufructo, hacerlas a su costa, y el propietario se las reembolsará sin interés.

(...)

Artículo 859.—El usufructuario podrá retener la cosa fructuaria hasta el pago de los reembolsos e indemnizaciones a que, según los artículos precedentes, es obligado el propietario.”

El mismo Código define las obras mayores como aquellas necesarias por una vez en extensos periodos de tiempo para la conservación y utilidad de la cosa fructuaria.

“Artículo 857.—Se entiende por obras o refacciones mayores las que ocurren por una vez a largos intervalos de tiempo y que conciernen a la conservación y permanente utilidad de la cosa fructuaria.”

Finalmente, el Código determina que, salvo pacto en contrario, el usufructuario no tiene derecho a solicitar al propietario el reembolso de las mejoras voluntarias (no necesarias para la conservación) realizadas sobre la cosa fructuaria, pero puede pedir la compensación por el valor de los daños de que sea responsable, o llevarse los materiales si los puede separar sin detrimento de la cosa y el propietario no le reconoce su costo considerándolos separados.

“Artículo 860.—El usufructuario no tiene derecho a pedir cosa alguna por las mejoras que voluntariamente haya hecho en la cosa fructuaria; pero le será lícito alegarlas en compensación por el valor de los deterioros que se le puedan imputar, o llevarse los materiales, si puede separarlos sin detrimento de la cosa fructuaria, y el propietario no le abona lo que después de separados valdrían.

Lo cual se entiende sin perjuicio de las convenciones que hayan intervenido entre el usufructuario y el propietario, relativamente a mejoras, o de lo que sobre esta materia se haya previsto en la constitución del usufructo.”

Los demás aspectos relevantes para efectos de la inversión de recursos públicos en inmuebles de particulares en usufructo a favor de entidades públicas pueden ser consultados en los artículos 823 al 869 del Código Civil y demás normas concordantes y complementarias.

3.4. Inversión de recursos públicos en inmuebles de particulares en arrendamiento a favor de una entidad pública.

El Código Civil define el arrendamiento como un contrato en que una parte se obliga a permitir el uso de una cosa, hacer una obra o prestar un servicio y la otra a pagar un precio por ese uso, obra o servicio.

“Artículo 1973.—El arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado.”

Respecto de las obras a las que está legalmente obligado un arrendatario, el Código dispone que, salvo pacto en contrario, este está obligado a realizar las reparaciones locativas que el inmueble necesite, a menos que provengan de fuerza mayor, caso fortuito o mala calidad de la cosa arrendada.

“Artículo 1985.—La obligación de mantener la cosa arrendada en buen estado consiste en hacer, durante el arriendo, todas las reparaciones necesarias, a excepción de las locativas, las cuales corresponden generalmente al arrendatario.

Pero será obligado al arrendador aun a las reparaciones locativas, si los deterioros que las han hecho necesarias provinieron de fuerza mayor o caso fortuito, o de la mala calidad de la cosa arrendada.

Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas obligaciones.”

El arrendador está obligado a reembolsar el costo razonable de las obras indispensables no locativas realizadas por el arrendatario, siempre que este: **i)** no las haya provocado por su culpa, **ii)** haya solicitado hacerlas al arrendador y éste no haya tratado de hacerlas oportunamente y **iii)** haya probado su necesidad.

Artículo 1993.—El arrendador es obligado a rembolsar al arrendatario el costo de las reparaciones indispensables no locativas, que el arrendatario hiciere en la cosa arrendada, siempre que el arrendatario no las haya hecho necesarias por su culpa, y que haya dado noticia al arrendador lo más pronto, para que las hiciese por su cuenta. Si la noticia no pudo darse en tiempo, o si el arrendador no trató de hacer oportunamente las reparaciones, se abonará al arrendatario su costo razonable, probada la necesidad.

Por el contrario, el arrendador no está obligado a reembolsar el costo de las mejoras útiles realizadas por el arrendatario si no se ha obligado expresamente a ello, pero el arrendatario puede llevarse los

materiales si los puede separar sin detrimento de la cosa, salvo que el arrendador le reconozca su valor considerándolos separados.

Artículo 1994.—El arrendador no es obligado a rembolsar el costo de las mejoras útiles, en que no ha consentido con la expresa condición de abonarlas; pero el arrendatario podrá separar y llevarse los materiales sin detrimento de la cosa arrendada; a menos que el arrendador esté dispuesto a abonarle lo que valdrían los materiales, considerándolos separados.

Así las cosas, la contrapartida de las obligaciones mencionadas se encuentra en las obligaciones del arrendatario, específicamente a cuidar el inmueble (numeral 2 del artículo 9 de la Ley 820 de 2003) usar la cosa según los términos del contrato (artículo 1996) y a efectuar las reparaciones locativas, esto es aquellos deterioros que ordinariamente se producen por culpa del arrendatario o sus dependientes, como descalabros de paredes o rotura de cristales (artículo 1998 del Código Civil y numeral 2 del artículo 9 de la Ley 820 de 2003). En el caso del arrendamiento de casas, almacenes u otros edificios, el artículo 2028 del Código Civil dispone que *"las reparaciones llamadas locativas a que es obligado el inquilino o arrendatario de casa, se reducen a mantener el edificio en el estado que lo recibió; pero no es responsable de los deterioros que provengan del tiempo y uso legítimos, o de fuerza mayor, o de caso fortuito, o de la mala calidad del edificio, por su vetustez, por la naturaleza del suelo, o por defectos de construcción"*.

En esas condiciones, el inquilino está obligado legalmente a conservar la integridad interior de las paredes, techos, pavimentos y cañerías, reponiendo las piedras, ladrillos y tejas que durante el arrendamiento se quiebren o se desencajen, reponer los cristales quebrados en las ventanas, puertas y tabiques y mantener en estado de servicio las puertas, ventanas y cerraduras, así como a mantener las paredes, pavimentos y demás partes interiores del edificio medianamente aseadas (artículos 2029 y 2030 del Código Civil).

Los demás aspectos relevantes para efectos de la inversión de recursos públicos en inmuebles de particulares en arrendamiento a favor de entidades públicas pueden ser consultados en los artículos 1973 al 2044 del Código Civil y demás normas concordantes y complementarias.

4. Respuesta.

¿Es legal invertir recursos públicos en inmuebles de particulares en usufructo a favor de entidades públicas?

Respuesta. En los casos en que predios de particulares estén gravados con un derecho real de usufructo a favor de un ente público, o sobre los mismos se hayan celebrado contratos de arrendamiento o comodato con entes públicos, por regla general, solamente es legalmente procedente invertir recursos públicos para realizar: **i)** aquellas obras a las que por ley esté obligado el ente público en su calidad de usufructuario, arrendatario o comodatario o **ii)** aquellas obras que según el Código Civil lo habilitan para exigir su reembolso al propietario del inmueble.



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE EDUCACIÓN

En los demás casos, la inversión de recursos públicos eventualmente podría generar un detrimento patrimonial para el ente público y un enriquecimiento sin causa para el particular propietario del inmueble.

Finalmente, recuerde que puede consultar los conceptos emitidos por la Oficina Asesora Jurídica en la página web de la Secretaría de Educación del Distrito, <http://www.educacionbogota.edu.co>, siguiendo la ruta: *Nuestra entidad / Marco Jurídico / Oficina Asesora Jurídica / Conceptos jurídicos emitidos por la OAJ*.

Cordialmente

JENNY ADRIANA BRETÓN VARGAS
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: Javier Bolaños Zambrano
Abogado Contratista OAJ